

VU Research Portal

Handicap of chronische ziekte en het bindend studieadvies

van den Berg, L.

published in

Verwant met verband: Ruimte, Recht en Wetenschap
2019

document version

Publisher's PDF, also known as Version of record

[Link to publication in VU Research Portal](#)

citation for published version (APA)

van den Berg, L. (2019). Handicap of chronische ziekte en het bindend studieadvies. In F. van Ommeren, R. Neerhoff, & P. Huisman (Eds.), *Verwant met verband: Ruimte, Recht en Wetenschap: Vriendenboek voor prof. J. Struiksma* (pp. 75-87). Instituut voor Bouwrecht.

General rights

Copyright and moral rights for the publications made accessible in the public portal are retained by the authors and/or other copyright owners and it is a condition of accessing publications that users recognise and abide by the legal requirements associated with these rights.

- Users may download and print one copy of any publication from the public portal for the purpose of private study or research.
- You may not further distribute the material or use it for any profit-making activity or commercial gain
- You may freely distribute the URL identifying the publication in the public portal ?

Take down policy

If you believe that this document breaches copyright please contact us providing details, and we will remove access to the work immediately and investigate your claim.

E-mail address:

vuresearchportal.ub@vu.nl

Verwant met verband: Ruimte, Recht en Wetenschap

Vriendenbundel voor prof. mr. J. Struiksma

Onder redactie van:
mr. dr. P.J. (Pim) Huisman
prof. dr. A.R. (Richard) Neerhof
prof. mr. F.J. (Frank) van Ommeren

Eerste druk



's-Gravenhage - 2019

Handicap of chronische ziekte en het (negatief) bindend studieadvies

Mr. dr. L. (Lucy) van den Berg

1 Voorwoord

Het is zeer waarschijnlijk dat mijn eerste ervaring met Jan een ‘auditieve’ ervaring is. Vermoedelijk heb ik zijn bulderende lach voor het eerst ontwaard in het voorjaar van 2006, toen ik net van start was gegaan als UD sociaal recht op de zesde verdieping van het hoofdgebouw. Ik meen me nog te herinneren dat ik de eerste keer wat ben geschrokken van het enorme volume dat door de gang denderde en via een gesloten deur mijn oren bereikte. Nog steeds hoor ik Jan regelmatig eerder dan ik hem zie.

Ik sluit overigens niet uit dat ik hem daarvoor reeds verschillende keren bij de start van een werkdag heb gezien zonder hem werkelijk te herkennen. Het is immers niet altijd eenvoudig een hoogleraar omgevingsrecht te identificeren, gehuld in lycra. Ik sluit niet uit dat Jan - ook met een naderend emeritaat - zo’n beetje de meest sportieve collega van onze faculteit is.

Ik kwam er enkele jaren later tijdens gezamenlijke lunches met de afdeling staats- en bestuursrecht vrij snel achter dat Jan een enorm brede interesse heeft voor onderwerpen die je niet altijd direct onder professoren omgevingsrecht zou verwachten. Bijvoorbeeld de fascinatie voor bepaalde Volendammers, het gebruik van het woord ‘er’ in de Nederlandse taal, de werking van algoritmen, etc.

Mijn eerste echte kennismaking met de professionele kant van Jan, was toen ik secretaris werd van de Examencommissie, medio 2011. De Examencommissie is binnen de Faculteit Rechtsgeleerdheid ook aangewezen als de zogenoemde BSA-commissie. Dat is de commissie die namens het bestuur van de faculteit aan eerstejaars studenten tegen het einde van het studiejaar een bindend studieadvies verstrekt. Studenten die niet in staat zijn gebleken 42 EC in het eerste jaar te behalen, worden in beginsel ongeschikt geacht voor de opleiding rechtsgeleerdheid en krijgen een negatief bindend studieadvies (NBSA). Bij de beoordeling van de geschiktheid voor de studie, dient de BSA-commissie persoonlijke omstandigheden van de student in aanmerking nemen. Deze taak vormt naar mijn mening in zeker opzicht de meest ingrijpende taak die de Examencommissie toebedeeld heeft gekregen. Ik heb zo het vermoeden dat dit voor Jan ook zo is. Schrijven over het bindend studieadvies biedt mij de ultieme gelegenheid het persoonlijke in het recht te combineren met mijn persoonlijke ervaring met Jan.

2 Inleiding

Door de jaren heen heeft de BSA-commissie van de rechtenfaculteit diverse beslissingen genomen over de geschiktheid van studenten, die niet aan de BSA-norm hebben voldaan. Een vaak schrijnende categorie van gevallen betreft de groep studenten die kampten met lichamelijke of psychische klachten. De vraag is hoe de medemenselijke compassie die deze studenten in deze gevallen vaak oproept zich verhoudt tot het meritocratische karakter dat het onderwijs nu eenmaal kenmerkt. Dit is, in andere bewoordingen, ook het spanningsveld tussen formele en materiële gelijke behandeling van gehandicapten en chronisch zieken. Reden dus om uit te zoeken welke bescherming de gehandicapte of chronisch zieke student geniet bij de toekenning van een (N)BSA. Ik besteed bij de beantwoording van deze vraag zowel aandacht aan de bescherming die voortvloeit uit de regeling van het NBSA in de Wet op het hoger onderwijs en wetenschappelijk onderzoek als aan het uit de Wet gelijke behandeling gehandicapten en chronisch zieken voortvloeiende discriminatieverbod.

In het hiernavolgende zal eerst aandacht worden besteed aan de juridische systematiek van het bindend studieadvies in de WHW. Hierbij vindt allereerst een inventarisatie plaats van de in het Uitvoeringsbesluit WHW omschreven persoonlijke omstandigheden. Vervolgens worden de omstandigheden die kunnen vallen onder het begrip handicap of chronische ziekte kort uitgelicht. Daarna zal (de bewijslastverdeling aangaande) het causaal verband tussen de persoonlijke omstandigheden, bestaande uit een handicap of chronische ziekte en de tegenvallende studieresultaten worden besproken en naar de rol van voorzieningen die door de opleiding zijn getroffen. Vervolgens geef ik antwoord op de vraag in hoeverre de student die in de bewijslast is geslaagd dat de handicap of chronische ziekte het tekort aan studiepunten verklaart, ook beschermd is tegen een NBSA. Daarna ga ik in op de vraag in hoeverre het verlenen van een negatief bindend studieadvies aan gehandicapte of chronisch zieke mensen verenigbaar is met de Wgbh/cz en welke rol (het al dan niet verzoeken om) redelijke aanpassingen daarbij speelt. Het juridische onderzoek zal geëindigd worden met een beschouwing.¹

3 Het bindend studieadvies in de WHW

Ingevolge artikel 7.8b, eerste lid, van de Wet op het hoger onderwijs en wetenschappelijk onderzoek (hierna: WHW) brengt het instellingsbestuur van een bekostigde universiteit of hogeschool iedere student uiterlijk aan het einde van diens eerste jaar van inschrijving voor de propedeutische fase van een bacheloropleiding advies uit over de voortzetting van zijn studie binnen of buiten de bacheloropleiding. Dit advies kan volgens het tweede lid van dit artikel worden gegeven zolang de student het propedeutisch examen, ofwel het volledige eerste studiejaar, niet met goed gevolg heeft afgelegd. Volgens artikel 7.8 lid 3 WHW kan het instellingsbestuur aan het bovengenoemde advies binnen het in het tweede lid bedoelde tijdvak, doch niet eerder dan tegen het einde van het eerste jaar van inschrijving, een afwijzing verbinden. Deze afwijzing staat wel bekend als het 'negatief bindend studieadvies' (NBSA). Deze afwijzing kan volgens hetzelfde artikellid

¹ Ik laat het aan Jan over of mijn bijdrage aan zijn criteria voor wetenschappelijkheid voldoet. Zie: Jan Struiksma, De wetenschappelijkheid van het Tijdschrift voor Bouwrecht, *TBR* 2014/6, p. 485-490.

slechts worden gegeven, indien de student naar het oordeel van het instellingsbestuur, met inachtneming van zijn persoonlijke omstandigheden, niet geschikt moet worden geacht voor de opleiding doordat zijn studieresultaten niet voldoen aan de vereisten die het bestuur daaromtrent heeft vastgesteld.

Wat onder 'persoonlijke omstandigheden' wordt verstaan, is verder uitgewerkt in artikel 2.1, eerste lid, van het Uitvoeringsbesluit WHW 2008. Persoonlijke omstandigheden als bedoeld in de artikelen 7.8b, derde lid, en 7.9, derde lid, van de wet zijn:

- a. ziekte van betrokkene,
- b. lichamelijke, zintuiglijke of andere functiestoornis van betrokkene,
- c. zwangerschap van betrokkene,
- d. bijzondere familieomstandigheden,
- e. het lidmaatschap, daaronder begrepen het voorzitterschap, van:
 1. bij universiteiten: de universiteitsraad, faculteitsraad, het orgaan dat is ingesteld op grond van de medezeggenschapsregeling, bedoeld in artikel 9.30, derde lid, onderscheidenlijk artikel 9.51, tweede lid, van de wet, het bestuur van een opleiding of de opleidingscommissie, alsmede het lidmaatschap van het bestuur van een stichting die blijkens haar statuten tot doel heeft de exploitatie van voorzieningen, behorende tot de studentenvoorzieningen, dan wel van een daarmee naar het oordeel van het instellingsbestuur gelet op de taak gelijk te stellen orgaan (...),
- f. andere in de regelingen, bedoeld in de artikelen 7.8b, zesde lid, en 7.9, vijfde lid, van de wet door het instellingsbestuur aan te geven omstandigheden waarin betrokkene activiteiten ontplooit in het kader van de organisatie en het bestuur van de zaken van de instelling,
- g. het lidmaatschap van het bestuur van een studentenorganisatie van enige omvang met volledige rechtsbevoegdheid, dan wel van een vergelijkbare organisatie van enige omvang, bij wie de behartiging van het algemeen maatschappelijk belang op de voorgrond staat en die daartoe daadwerkelijk activiteiten ontplooit, (...)

Het is van belang te melden dat tot september 2018 deze opsomming limitatief was. Dit was af te leiden uit het woord 'uitsluitend' in de eerste volzin van artikel 2.1, lid 1. Tot de genoemde datum bepaalde de eerste volzin dat de in de relevante onderdelen a) tot en met g) uitsluitend als persoonlijke omstandigheden kwalificeerden. Per genoemde datum is het woord 'uitsluitend' komen te vervallen. Bovendien zijn twee onderdelen toegevoegd aan het eerste lid van artikel 2.1 Uitvoeringsbesluit WHW, te weten:

- h. andere in de onderwijs- en examenregeling, bedoeld in artikel 7.13 van de wet, op grond van artikel 7.13, tweede lid, onderdeel f, van de wet, vast te leggen persoonlijke omstandigheden,
- i. andere dan in de onderdelen a tot en met h bedoelde persoonlijke omstandigheden die, indien zij door het instellingsbestuur niet in de beoordeling zouden worden betrokken, zouden leiden tot een onbillijkheid van overwegende aard.

De toevoeging van onderdeel h aan lid 1 artikel 2.1 van het Uitvoeringsbesluit WHW stelt het instellingsbestuur in de gelegenheid in de regelingen die zij vaststellen omtrent het bindend studieadvies andere persoonlijke omstandigheden dan die al opgesomd zijn in het eerste lid te betrekken bij hun besluitvorming. Gedacht is bijvoorbeeld aan het

beoefenen van topsport en aan de activiteiten van talentvolle muzikanten.² Onderdeel i) betreft een hardheidsclausule. Een hardheidsclausule is nodig voor als er zich omstandigheden voordoen die door het instellingsbestuur niet zijn voorzien en daardoor niet zijn opgenomen in het OER maar die, als deze niet zouden worden meegewogen, zouden leiden tot een onbillijkheid van overwegende aard voor de student. Door toepassing van de hardheidsclausule kunnen ook deze omstandigheden worden meegewogen. Met deze wijzigingen wordt de regeling gelijkgetrokken met artikel 7.51, tweede lid, van de WHW, waarin de bijzondere omstandigheden worden genoemd die in geval van studievertraging recht kunnen geven op een uitkering uit het profileringsfonds van een instelling.³

Volgens het CBHO komen voor het geven van een negatief bindend studieadvies uitsluitend behaalde studieresultaten en de weging van bijzondere omstandigheden in de zin van de WHW in aanmerking.⁴ De thans gepubliceerde jurisprudentie van het CBHO betreft de periode waarin de opsomming nog limitatief was. Niet als persoonlijke omstandigheden in de zin van de WHW vormden bijvoorbeeld de omschakeling van het gezinsleven naar het zelfstandig leven in een nieuwe stad, of het zich onveilig voelen door het terechtkomen in een ruzie tussen twee huurbazen.⁵ Evenmin vormen de reisafstand naar de universiteit persoonlijke omstandigheden in de zin van de WHW.⁶ Het (veel) moeten werken naast de studie om in het eigen onderhoud te kunnen voorzien vormt evenmin een persoonlijke omstandigheid.⁷ Veel moeten werken vanwege de slechte financiële situatie van het gezin is dat evenmin.⁸

Gelet op de focus van deze bijdrage, ligt hier het accent op de omstandigheden die kunnen kwalificeren als handicap of chronische ziekte in de zin van de Wet gelijke behandeling op grond van handicap op chronische ziekte (WGBH/cz). Dat brengt mee dat hierna de aandacht uitgaat naar de omstandigheden als bedoeld in artikel 2.1, lid 1, onderdelen a en b Uitvoeringsbesluit WHW 2008, te weten; 'ziekte van betrokkene' en 'lichamelijke, zintuiglijke of andere functiestoornis van betrokkene'.

In de onderzochte CBHO- jurisprudentie is bij medische en psychische aandoeningen de vraag of sprake is van een relevante omstandigheid in de WHW, zelden aan de orde. Bewijs dat sprake is van een ziekte of lichamelijke of zintuiglijke functiestoornis zal meestal vrij eenvoudig kunnen worden verschaft door middel van het overleggen van een verklaring van een behandelend arts of specialist.⁹ Wel bestaat regelmatig discussie over de vraag of voldaan is aan de bewijslast dat het niet behalen van de BSA-norm (niet) samenhangt met de ziekte of functiebeperking van de student. Hieronder bespreek ik allereerst de door het CBHO neergelegde bewijslastverdeling. Vervolgens wordt de regel

2 Zie: Nota van Toelichting bij Besluit van 30 mei 2018, *Stb.* 2018, 174, p. 11 en p. 13.

3 Zie: Nota van Toelichting bij Besluit van 30 mei 2018, *Stb.* 2018, 174, p. 12.

4 *CBHO 2 februari 2011, CBHO 2010/077 en 077.1*

5 *CBHO 23 augustus 2018, 2018/085.*

6 *CBHO 2 juli 2014, 2013/282.*

7 *CBHO 15 juni 2015/ 2015/042.*

8 *CBHO 17 juli 2015, CBHO 2014/272.*

9 Daarbij verdient opmerking dat uit de verklaring wel opgemaakt moet kunnen worden in welke periode de student kampte met de ziekte of stoornis, vgl. *CBHO 20 maart 2018, 2017/193.*

verder uitgewerkt aan de hand van de jurisprudentie omtrent de onderdelen a en b van artikel 2.1, lid 1, Uitvoeringsbesluit WHW 2008.

4 Het causaal verband tussen de ziekte of stoornis en het tekort aan studiepunten

4.1 Bewijslastverdeling

Het is zeker niet altijd eenvoudig vast te stellen of een student - ondanks de aanwezigheid van persoonlijke omstandigheden - geschikt is voor de opleiding. Absolute zekerheid over de vraag of de student wel aan de voortgangsnorm zou hebben voldaan indien de persoonlijke omstandigheden niet hadden gespeeld, is lastig te geven. Het CBHO hanteert bij het vaststellen van de bepaling van de geschiktheid voor de opleiding de volgende bewijsregel. Het is aan de student de gestelde omstandigheden aan te tonen en aannemelijk te maken dat die omstandigheden de studieresultaten nadelig hebben beïnvloed. Het is vervolgens aan de BSA-commissie om te motiveren waarom desondanks een causaal verband tussen de aangevoerde omstandigheden en het niet hebben behaald van de benodigde studiepunten ontbreekt.¹⁰ Kort gezegd dient de student 'aannemelijk te maken' dat de ziekte of stoornis heeft geleid tot een tekort aan studiepunten. Indien dat is gelukt, dient de BSA-commissie 'te motiveren' waarom het causaal verband ontbreekt.

Hieronder ga ik dieper in op de vraag op welke wijze de student aan de bewijslast kan voldoen dat de ziekte of stoornis heeft geleid tot een tekort aan studiepunten. Hierbij kijk ik allereerst naar het door de student aan te tonen verband tussen de ziekte of stoornis en de functionele beperkingen van de student. Daarna komt de maatstaf aan de orde bij het aannemelijk maken van het verband tussen de ziekte of stoornis en het tekort aan studiepunten. Vervolgens komt de rol van (het verzoeken om) aanpassingen aan de orde. Ten slotte komt de vraag aan de orde in hoeverre de student die slaagt in zijn bewijslast, ook beschermd is tegen een NBSA.

4.2 Verband tussen ziekte of stoornis en het bestaan van functionele beperkingen

Indien concrete verklaringen van een arts over de consequenties van een bepaalde aanpak voor de functionele mogelijkheden van de student ontbreken, lijkt niet snel aan de bewijslast te zijn voldaan. De student die last had van slaapapneu en die volgens de verklaringen van de huisarts last had van ernstige oververmoeidheid, had niet aan zijn bewijslast voldaan. De huisarts heeft niet willen verklaren dat een causaal verband tussen de slaapapneu en de oververmoeidheid en concentratieproblemen bestaat, omdat het niet tot zijn deskundigheid behoort dergelijke conclusies te trekken. Nu uit de overgelegde stukken niet kon worden opgemaakt dat de student als gevolg van slaapapneu last zou hebben van oververmoeidheid en concentratieproblemen, hetgeen mogelijk ge-

¹⁰ Vgl. CBHO 16 mei 2018, 2017/209.

volgen zou kunnen hebben voor zijn studie, was het NBSA volgens het CBHO terecht gegeven.¹¹

Nu is het juridisch juist dat een behandelend arts niet de deskundigheid heeft om vast te stellen welke gevolgen bepaalde medische klachten hebben voor de belastbaarheid en functionele mogelijkheden van betrokkene juist. Deze stelling geldt niet uitsluitend voor een huisarts, maar eveneens voor een behandeld medisch specialist. Voor het vaststellen van de functionele beperkingen is een speciale opleiding nodig, als verzekeringsgeneeskundige. Het inwinnen van advies van een verzekeringsgeneeskundige gaat al snel flink in de papieren lopen.¹² Het is dan ook niet vreemd dat in geen van de door mij onderzochte uitspraken, een verzekeringsgeneeskundig rapport in de procedure is betrokken.

Het CBHO heeft er geen moeite mee als behandelaars buiten hun boekje gaan en wel degelijk ingaan op de gevolgen van een bepaalde ziekte of stoornis voor de functionele beperkingen of mogelijkheden om te studeren. De rapportages die in de volgende paragraaf door studenten zijn ingebracht, betreffen zonder uitzondering verklaringen van behandelend artsen en specialisten. In de volgende paragraaf staat de vraag centraal welke maatstaf het CBHO hanteert bij het aannemelijk achten van het verband tussen de ziekte of stoornis en het tekort aan studiepunten, en hoe deze maatstaf wordt ingevuld.

4.3 Verband tussen ziekte of stoornis en het tekort aan studiepunten

Verklaringen van artsen over de relatie tussen de ziekte of stoornis en de mogelijkheid te studeren of tentamens af te leggen, zijn regelmatig ‘te vaag’.

Indien verklaringen van de behandelend arts worden overgelegd waaruit blijkt dat de student door een medische aandoening ‘gehinderd was te studeren’ betekent dat nog niet dat voldoende aannemelijk is gemaakt dat de student geen enkel tentamenresultaat heeft behaald.¹³

De student voor wie de norm gold van 45 ECTS en die gedurende het collegejaar 11 ECTS had behaald, had volgens het CBHO onvoldoende aannemelijk gemaakt dat *deze klachten zijn volledige studievertraging verklaren*. Uit de verklaring van een studentpsycholoog van de universiteit bleek dat de student zich heeft aangemeld omdat psychische klachten hem belemmeren bij de studie. Uit die verklaring bleek niet dat de psycholoog heeft vastgesteld dat appellant door de psychische *klachten zeer verminderd studiebelastbaar* was.¹⁴

Ik leid uit het bovenstaande af dat uit de verklaringen van de behandelend arts ten minste moet kunnen worden afgeleid ‘in welke mate de ziekte of stoornis’ beperkingen meebrengt in de mogelijkheden om te studeren. Wanneer de student geen of zeer weinig studieresultaten heeft behaald, zal althans uit de verklaring van de arts of specialist

11 CBHO 12 juli 2018, 2018/084.

12 De website: <https://expertisebalie.nl/tarieven-vergoeding/> vermeldt een uurtarief van € 175,-.

13 28 november 2017, CBHO 2017/211 en 2017/ 211.1.

14 CBHO 4 mei 2017, 2017/026.

moeten blijken dat de student in overwegende mate beperkt was te studeren of zeer verminderd studiebelastbaar was.

Uit een uitspraak inzake een student met ADHD en die slechts één vak - namelijk het vak Vormgeving - verwijderd was van een positief BSA kan worden afgeleid, dat van de betrokken student niet steeds wordt verlangd dat hij nauwkeurig aangeeft welk effect de aandoening op de studievertraging heeft. De student had een verklaring van een behandelend arts ingebracht waarin is verklaard dat de betrokken student door de AD(H)D beperkt is in aandacht, planning, organiseren en opstarten van taken, het hem veel moeite en energie kost om zijn aandacht te richten en zich te concentreren en uitstelgedrag laat zien. De opleiding stelde zich op het standpunt dat uit deze verklaringen niet blijkt welk effect de AD(H)D op de studievertraging heeft gehad. Uit de verklaringen blijkt verder dat bij de student sprake van duikgedrag, vermijding en ontkenning van zijn problemen. Volgens het CBHO past het niet inschrijven voor het hertentamen van het vak Vormgeving in het beeld van door AD(H)D veroorzaakt gedrag zoals in de verklaringen beschreven. Het CBHO was in het onderhavige geval van oordeel dat de opleiding en de examencommissie ondeugdelijk hebben gemotiveerd waarom op grond van de verklaringen causaal verband tussen de studievertraging en de AD(H)D onaanneemelijk is.¹⁵ Deze uitspraak lijkt erop te wijzen dat - althans in bepaalde gevallen - ook nauwkeurige omschrijvingen aangaande de functionele beperkingen die voortvloeien uit een aandoening, kunnen volstaan voor het aanneemelijk maken dat de ziekte of stoornis ertoe heeft geleid dat de student niet aan de BSA-norm heeft voldaan.

4.4 De rol van (het al dan niet verzoeken van) voorzieningen

Indien voor een student bepaalde voorzieningen zijn getroffen en de student gedurende het collegejaar niet om andere of aanvullende voorzieningen heeft verzocht, zal de student in beginsel niet aan de bewijslast dat de student vanwege een handicap of chronische ziekte niet aan de BSA-norm heeft voldaan. Het CBHO oordeelde ten aanzien van een dyslectische student dat de opleiding daarvoor reeds sinds het begin van het studiejaar speciale voorzieningen heeft getroffen, zoals extra tijd bij toetsen en examens en teksten met een vergroot lettertype dan wel een grotere regelaafstand. Nu de student in het gehele studiejaar niet heeft gesteld dat die voorzieningen voor haar onvoldoende waren, heeft zij niet aanneemelijk gemaakt dat zij vanwege dyslexie niet aan de BSA-norm heeft voldaan.¹⁶

4.5 Ziekte of stoornis maakt de student ongeschikt

Geconstateerd kan worden, dat het voor een student niet eenvoudig is aanneemelijk te maken dat de ziekte of stoornis het tekort aan studiepunten heeft veroorzaakt. Studenten die wel in deze bewijslast slagen, zijn bovendien niet zonder meer beschermd tegen een NBSA. De persoonlijke omstandigheden kunnen namelijk zodanig zijn, dat de student als gevolg daarvan ongeschikt is voor de studie.

¹⁵ CBHO 7 juni 2018, 2017/226.

¹⁶ CBHO 14 april 2015, 2014/292. Vgl. CBHO 30 juni 2017, 2016/248 en CBHO 18 juli 2018, 2018/074.

De student die na drie jaar nog niet de door de opleiding vastgestelde norm van 50 EC had weten te behalen, had volgens het CBHO terecht een negatief BSA ontvangen. Hierbij speelde een rol dat uit de stellingen van de student bij de door hoorzitting over de door hem gestelde aandoening en de professionele hulp die hij al vanaf het eerste studiejaar ontvangt, mocht worden afgeleid dat niet te verwachten is dat de lichamelijke en mentale toestand van de student op korte en middellange termijn in zodanige mate zal verbeteren dat hij in staat moet worden geacht om ongehinderd zijn studie te vervolgen. De BSA-commissie heeft daarbij mogen betrekken dat de student in het relevante collegejaar slechts drie studiepunten heeft behaald.¹⁷

Een soortgelijk oordeel deed het CBHO ten aanzien van een studente die als gevolg van een sociale angststoornis en subklinische PTTS kampte met examenvrees. De studente was in het studiejaar 2015-2016 gestart met de opleiding psychologie en in januari 2016 gestopt, waarna zij in het studiejaar 2016-2017 opnieuw aan haar opleiding begon. In dat studiejaar heeft zij vier EC behaald. Zij heeft zich in september 2016 bij een psychiater gemeld. Uit de verklaring van haar behandelend psychiater blijkt dat de examenvrees door verschillende behandelingen en het verminderen van spanningsbronnen waarschijnlijk beter hanteerbaar zal zijn. De stelling van de student dat de behandeling vanaf maart 2017 aanslaat vindt weliswaar enige steun in de verklaring van de psychiater, die onder meer vermeldt dat goede behandelresultaten te boeken zijn, maar uit die verklaring blijkt niet de verwachting dat deze resultaten op korte termijn volledig zullen worden bereikt. De BSA-commissie mocht zich daarom volgens het CBHO op het standpunt stellen dat niet te verwachten is dat het studietempo op korte termijn zal verbeteren. Volgens het CBHO mocht de BSA-commissie zich dan ook op het standpunt stellen dat de studente, met inachtneming van haar persoonlijke omstandigheden, niet geschikt moet worden geacht voor de opleiding.¹⁸

Indien voldoende duidelijk is dat de persoonlijke omstandigheden zodanig zijn, dat de student hierdoor ongeschikt is voor de studie, dan valt dus de bijl voor de student. Een exacte definitie van het begrip ‘(on)geschikt’ valt echter lastig te geven. In de eerste uitspraak zien we de maatstaf van het (op korte of middellange termijn) ‘ongehinderd’ kunnen vervolgen van de studie. In de tweede uitspraak gaat het over het (op korte termijn) ‘verbeteren van het studietempo’. Heel concreet wordt het allemaal niet. Onduidelijk blijft wat kan worden verstaan onder ‘verbeteren’ van het studietempo. Evenmin is helder hoe lang een ‘korte termijn’ of ‘middellange termijn’ duurt.

5 Het negatief BSA in het licht van het discriminatieverbod op grond van handicap en chronische ziekte

De omstandigheden als bedoeld artikel 2.1, lid 1 onderdelen a) en b) Uitvoeringsregeling WHW kunnen voortvloeien uit een handicap of chronische ziekte als bedoeld in de Wet gelijke behandeling handicap en chronische ziekte (Wghb/cz). De Wgbh/cz

¹⁷ CBHO 16 augustus 2018, CBHO 2018/16.

¹⁸ CBHO 7 juni 2018, CBHO 2017/230a.

verbiedt zowel direct als indirect onderscheid naar handicap of chronische ziekte bij het aanbieden van of verlenen van toegang tot goederen en diensten en bij het sluiten, uitvoeren of beëindigen van overeenkomsten ter zake door instellingen die werkzaam zijn op het gebied onderwijs.¹⁹ Ook universitair onderwijs valt onder het discriminatieverbod.²⁰ Het toekennen van een NBSA valt onder de materiële reikwijdte van de wet. Volgens het College voor de rechten van de mens (CRM) en zijn voorganger de Commissie Gelijke Behandeling (CGB) zijn onder meer dyslexie, autisme, AD(H)D, diabetes en depressie aan te merken als handicap of chronische ziekte.²¹ Faalangst kwalificeert niet, een angststoornis wel als chronische ziekte.²²

De relatie met de Wghb/cz licht ik hieronder verder uit. Hierbij ligt de nadruk op de uit de WGBh/cz voortvloeiende verplichting doeltreffende aanpassingen te verrichten en op de vraag in hoeverre het toekennen van een negatief BSA aan een gehandicapte of chronisch zieke student volgens het CRM en het CGB discriminatie oplevert.

5.1 Doeltreffende aanpassingen

Het verbod van onderscheid houdt volgens artikel 2 Wghb/cz mede in de verplichting al naar gelang de behoefte doeltreffende aanpassingen te verrichten, tenzij deze voor de opleiding een onevenredige belasting vormen. Te denken valt aan het verschaffen van extra tentamentijd aan studenten met dyslexie.²³ Ook het maken van tentamen in een aparte ruimte kan een doeltreffende aanpassing zijn.²⁴ Hetzelfde geldt voor aanpassingen van het rooster, aangepaste toetsmomenten en extra begeleiding.²⁵ Voorzieningen die de inhoud van de exameneisen raken, zijn volgens het CRM niet vereist.²⁶

Kenmerk van een doeltreffende aanpassing is dat sprake is van een op (de situatie van) het individu toegesneden aanpassing.²⁷ De aanpassing moet geschikt zijn om de beperkingen van betrokkene te compenseren. Om uitvoering te kunnen geven aan de verplichting tot het doen van een doeltreffende aanpassing moet het een aanbieder van onderwijs duidelijk zijn dat er behoefte is aan een aanpassing. Tevens moet het duidelijk zijn welke aanpassing in het concrete geval noodzakelijk is. Het is aan de persoon met een handicap of chronische ziekte om (tijdig) aan te geven dat hij of zij behoefte heeft aan een aanpassing.²⁸ Er is met andere woorden sprake van een piepsysteem. Wel geldt - na de piep - een zekere zelfstandige onderzoeksplicht aan de kant van de opleiding. Bovendien dient de opleiding na de piep voldoende voortvarend te handelen en dienen de redelijke aanpassingen binnen een redelijke termijn te worden getroffen.²⁹

19 Zie artikel 5b lid 1 sub c Wghb/cz.

20 Zie: TK 2001-2002, 28 169, nr. 3, p. 37.

21 CRM 29 december 2016, 2016/145 (dyslexie); CRM 9 juni 2016, 2016/49 (depressie); CRM 27 juni 2016, 2016/59 (diabetes); CRM 25 augustus 2015, 2015/97 (ADHD).

22 CRM 27 juni 2017, 2017/80.

23 CRM 25 juli 2013, 2013/98.

24 CRM 25 juli 2013, 2013/98.

25 CRM 30 oktober 2013, 2013/136.

26 Vgl. CRM 12 juli 2018, 2018/72; CRM 23 juli 2015, 2015/132; CRM 21 juli 2016, 2016/82.

27 Zie: *Kamerstukken II* 2001/02, 28 169, nr. 3, p. 26.

28 Zie: *Kamerstukken II* 2001/02, 28 169, nr. 3, p. 26, zie ook CGB 7 mei 2012, 2012/85.

29 Vgl. CGB 9 februari 2005, 2005/18.

Indien de opleiding bekend is met de handicap of chronische ziekte van een student, maar de (aspirant) student niet kenbaar heeft gemaakt dat hij een aanpassing nodig had en welke aanpassing dat zou moeten zijn, is geen onderscheid heeft gemaakt op grond van handicap of chronische ziekte.³⁰

Aanpassingen kunnen alleen gevegd worden indien zij geen onevenredige belasting vormen. Om dit te kunnen beoordelen moet een afweging gemaakt worden tussen de belangen van de gehandicapte of chronisch zieke enerzijds en die van de opleiding anderzijds. Bij deze belangenafweging spelen onder meer een rol de operationele en technische haalbaarheid van de aanpassing, de kosten, de omvang van de opleiding en de financiële draagkracht.³¹

5.2 NBSA verenigbaar met discriminatieverbod?

Volgens de MvT bij de Wgbh/cz brengt het discriminatieverbod niet mee dat iemand in dienst moet worden genomen die niet in staat is om essentiële taken van de functie uit te oefenen, ook als dit onvermogen samenhangt met de lichamelijke of geestelijke gezondheid van de kandidaat.³² Wanneer dit uitgangspunt wordt toegepast op het toelaten van een (aspirant) student tot een opleiding, zou dat meebrengen dat indien een student als gevolg van een handicap of chronische ziekte - ondanks redelijke aanpassingen - niet in staat is de essentiële onderdelen van de opleiding te voltooien, geen sprake is van verboden discriminatie. Ook het CRM hanteert dit uitgangspunt bij haar oordelen. Volgens het CRM geldt in de Wgbh/cz het uitgangspunt dat pas sprake kan zijn van onderscheid op grond van handicap of chronische ziekte als vaststaat dat de betrokkene geschikt is voor de in het geding zijnde opleiding. Wanneer studenten niet de voor de opleiding wezenlijke vaardigheden hebben of als deze niet in voldoende ontwikkelbare vorm bij hen aanwezig zijn, rust op onderwijsinstellingen de verplichting om (desgevraagd) na te gaan of de aan het onderwijs gerelateerde belemmeringen voor deelname kunnen worden weggenomen door het verrichten van een of meer doeltreffende aanpassingen.³³ Als de vraag naar de geschiktheid bevestigend wordt beantwoord, kan vervolgens worden beoordeeld of de opleiding onderscheid heeft gemaakt op grond van handicap of chronische ziekte door na te laten doeltreffende aanpassingen te verrichten of door de inschrijving te beëindigen.³⁴

De vraag rijst vervolgens hoe te beoordelen of de gehandicapte of dyslectische student geschikt is voor de opleiding. Het CRM acht zich niet bevoegd zichzelf een oordeel aan te meten met betrekking tot de geschiktheid van een student. Wel beschouwt zij het tot haar taak om te bezien of bij de ongeschiktheidverklaring van een persoon, al dan niet bewust, in strijd is gehandeld met de wetgeving gelijke behandeling. In dat verband wordt beoordeeld of de opleiding op goede gronden heeft kunnen beslissen dat de student niet geschikt is voor de betreffende opleiding.³⁵

30 CRM 3 november 2017, 2017-127.

31 Zie: *Kamerstukken II* 2001/02, 28 169, nr. 3, p. 26.

32 Zie: *Kamerstukken II* 2001/02, 28 169, nr. 3, p. 13 en 34.

33 CRM 8 juli 2016, 2016/74.

34 CGB 17 februari 2005, 2005/22.

35 CGB 11 mei 2006, 2006/90.

De hogeschool die de dyslectische student die het eerste jaar 39 EC en in het tweede jaar geen enkel studiepunten een NBSA had toegekend omdat hij ongeschikt was voor de lerarenopleiding bedrijfseconomie, heeft volgens de CGB in redelijkheid tot dit standpunt kunnen komen. Het verschil tussen de hoeveelheid studiepunten die de student heeft gehaald in twee jaar en de hoeveelheid studiepunten die studenten worden geacht te halen in een jaar, is volgens de CGB dusdanig groot dat de opleiding, mede gelet op de verrichte aanpassingen, zoals het gebruik van een laptop en het maken van tentamens in een aparte ruimte en de aantoonbare begeleiding van de opleiding, in redelijkheid tot het standpunt heeft kunnen komen dat de student niet geschikt is voor de studie.³⁶

Ten aanzien van een dyslectische student die een NBSA voor de studie bedrijfskunde had toegekend, oordeelde de CGB dat de opleiding op goede gronden had besloten dat de student niet geschikt was voor de opleiding. Hiervoor was bepalend dat de student na twee jaar studie niet in staat was gebleken de kernvakken van de opleiding te behalen, de student over het algemeen zeer lage cijfers haalde en niet was gebleken dat de toegestane aanpassingen (maken van tentamens in een aparte ruimte) tot betere tentamenresultaten van de student hebben geleid.³⁷ Dit leidde ertoe dat de CGB niet meer toekwam aan de vraag of de opleiding doeltreffende aanpassingen had verricht en het beëindigen van de inschrijving in overeenstemming was met het discriminatieverbod.

Het is uiteraard denkbaar dat een student pas na de toekenning van het NBSA ontdekt dat hij of zij gehandicapt of chronisch ziek is. De weigering de student opnieuw toe te laten kan leiden tot verboden discriminatie. Dit volgt uit een oordeel omtrent een leerling die van een opleidingsinstituut voor volwassenonderwijs een NBSA gekregen en zich daarom twee jaar niet mocht inschrijven voor de opleiding. Een paar maanden nadat het NBSA was gegeven, kwam de leerling erachter dat zij lijdt aan psychoses. Haar behandelteam concludeert dat haar ziekte waarschijnlijk de oorzaak is geweest van haar (slechte) schoolprestaties. Met behulp van behandeling en medicatie acht het behandelteam de leerling in staat om de opleiding met goed gevolg te hervatten. De afwijzing van het verzoek de leerling binnen twee jaar opnieuw tot de opleiding toe te laten, vormde volgens het CRM verboden (indirecte) discriminatie.³⁸ Aangenomen mag worden dat een student die vlak na het einde van het studiejaar ontdekt dat hij gehandicapt of chronisch ziek is en aan de hand van medische rapportages aannemelijk weet te maken dat hij of zij met een medische behandeling (eventueel in combinatie met redelijke aanpassingen) geschikt is voor de opleiding, eveneens een positief oordeel van het CRM zou ontvangen.

6 Beschouwing

Uit de beschikbare CBHO-jurisprudentie kan worden opgemaakt, dat het voor gehandicapte en chronisch zieke studenten niet eenvoudig is aan de bewijslast te voldoen dat de handicap of chronische ziekte het tekort aan studiepunten verklaart. Indien een dergelijke student erin slaagt een medische rapportage in te brengen die voldoende dui-

³⁶ CGB 11 mei 2006, 2006/90.

³⁷ CGB 17 februari 2005, 2005/22.

³⁸ CRM 8 februari 2012, 2012/29. Vgl. CRM 9 juni 2016, 2016/49.

delijk aangeeft in welke mate de ziekte of functiebeperking beperkingen meebrengt in de mogelijkheden om te studeren en de studieresultaten hierbij aansluiten, slaagt de student in de bewijslast.

De student die beperkt is in zijn of haar mogelijkheden te studeren, zal echter snel kunnen worden geconfronteerd met de stelling van de BSA-commissie dat de ziekte of stoornis de student ongeschikt maakt voor de opleiding. De student zal in een dergelijk geval tegenbewijs dienen te leveren die eruit bestaat dat - bijvoorbeeld door een medische behandeling - het studietempo zal verbeteren. Geconstateerd is dat een exacte maatstaf voor de beoordeling van de geschiktheid ontbreekt. In een CBHO-uitspraak gaat het over het (op korte termijn) 'verbeteren van het studietempo', in een andere uitspraak zien we de maatstaf van het (op korte of middellange termijn) 'ongehinderd' kunnen vervolgen van de studie. Wellicht kunnen we uitgaan van het criterium dat het studietempo 'op korte termijn' verbetert en dat de student op de 'middellange termijn' ongehinderd te studie kan vervolgen. Uiteraard is daarbij nog steeds niet helder wat onder 'korte' en 'middellange termijn' kan worden verstaan en wat het 'verbeteren' van het studietempo inhoudt.

Studenten met functiebeperkingen, zoals dyslexie, zullen in de regel gebruik hebben kunnen maken van voorzieningen, zoals tentamentijdverlenging en het maken van de tentamens in een aparte ruimte. Studenten die gedurende het collegejaar niet hebben verzocht om aanvullende voorzieningen slagen in beginsel niet in hun bewijslast dat de functiestoornis het tekort aan studiepunten veroorzaakt. Uit de door mij onderzochte jurisprudentie kan niet worden opgemaakt of dat voor een student die niet om voorzieningen heeft gevraagd, anders ligt.

Chronisch zieke en gehandicapte studenten worden concluderend door het CBHO maar beperkt beschermd tegen een NBSA. Uit de oordelen van het CRM en de CGB kan worden opgemaakt, dat de Wgbh/cz aan deze bescherming weinig tot niets afdoet. De vraag in hoeverre de toekenning van een NBSA verboden discriminatie op grond van handicap of chronische ziekte oplevert, kan pas aan de orde worden gesteld indien vaststaat dat de gehandicapte of chronisch zieke student geschikt is voor de opleiding. Het CRM beoordeelt in gevallen waarin een NBSA is verstrekt aan de hand van de studieresultaten, de toegekende voorzieningen en de begeleiding die de student heeft ontvangen, of de opleiding in redelijkheid heeft kunnen komen tot het oordeel dat de student niet geschikt is voor de opleiding. Opleidingen kunnen in het algemeen op goede gronden beslissen dat de gehandicapte of chronisch zieke studenten die met voorzieningen en begeleiding nauwelijks studieresultaten en of de kernvakken niet heeft behaald, niet geschikt is voor de opleiding. Het CRM komt in een dergelijk geval niet meer toe aan de vraag in hoeverre de opleiding ten aanzien van deze student redelijke aanpassingen heeft gedaan, of het toegekende NBSA in strijd is met het discriminatieverbod. Studenten die pas na afloop van het collegejaar ontdekken dat ze gehandicapt of chronisch ziek zijn en die aannemelijk kunnen maken dat zij met een bepaalde behandeling geschikt zijn voor de studie, worden wel beschermd door het discriminatieverbod. Ik vermoed echter dat een dergelijke student, die aan de hand van een medisch rapport aannemelijk weet te maken dat het tekort aan studiepunten kan worden verklaard door de handicap of chronische ziekte, ook binnen het kader van de WHW al beschermd zou zijn tegen een NBSA.

7 Afsluitend

Hierboven heb ik geconcludeerd dat chronisch zieken en gehandicapten slechts beperkt beschermd zijn tegen een NBSA. Wanneer de student al slaagt in de bewijslast dat de handicap of chronische ziekte het tekort aan studiepunten verklaart, hangt de student vervolgens snel het stempel van ongeschiktheid voor de studie boven het hoofd. De gelijkebehandelingswetgeving voegt gelet op de oordelen van het CRM nauwelijks iets aan die bescherming toe.

Jan, ik vermoed dat je al (lang) zult hebben vastgesteld dat de BSA-commissie van onze rechtenfaculteit een wat ruimhartiger lijn heeft gevormd. Daarnaast vermoed ik dat je zult menen dat daarvoor goede gronden kunnen zijn. In sommige gevallen vormt bijvoorbeeld de studie op zichzelf een zeer belangrijke - zo niet enige - houvast voor de student. Het is goed te weten dat het Uitvoeringsbesluit WHW inmiddels voorziet in een hardheidsclausule. Deze biedt de BSA-commissie om in overeenstemming met de WHW in individuele gevallen tot billijke oplossingen te komen.

Het is tijd om af te sluiten. Jan, ik heb je leren kennen als een persoon met een enorm reservoir aan kennis, een forse dosis humor, een positieve kijk op het leven en een grote betrokkenheid naar studenten en collega's.

Het is fijn werken met een persoon met een ruim hart. Dank Jan, voor het vertrouwen dat je in me hebt gesteld en voor de goede tijd die ik met je in de Examencommissie heb gehad.